

5

El principio de igualdad en materia laboral a partir de la Constitución de 1991.

Análisis jurisprudencial*

*Lizandro Alfonso Cabrera Suárez***

El ensayo es producto de la línea de investigación del Grupo Hernando Devis Echandía en el área de Principios del Derecho. El autor es el director del proyecto. La investigación es avalada por la Universidad Santiago de Cali (www.usc.edu.co).

** Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali (USC). Formado como maestro en Ciencias Sociales bajo el título de licenciado. Abogado de la Universidad Santiago de Cali con especialización en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Asimismo, tiene posgrados en Desarrollo Intelectual y Educación con la Fundación Alberto Merani de Bogotá y en Educación Superior de la USC. Estudios de doctorado en la UNED de Madrid. Actualmente, cursa maestría en Derecho en la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Autor de varios libros sobre el conflicto armado. Es el director del grupo de investigación Hernando Devis Echandía, categorizado “A” por Colciencias. Direcciones de correo electrónico: lizandrocabrera@hotmail.com, lcabrera@usc.edu.co.

Resumen

El documento estudiará las disposiciones de orden constitucional y legal en materia laboral, como también la posición de la jurisprudencia y la doctrina en la aplicabilidad del principio de igualdad en las relaciones laborales del país. Es vital tener en cuenta que los principios fundamentales, y entre ellos el de la igualdad, son una garantía para el ciudadano partícipe del Estado social de derecho, en donde lo primordial es el respeto por la dignidad y la persona humana; por ende, se protege algo vital para el ser humano, como lo es el trabajo.

Palabras clave

Igualdad, derecho laboral, constitución política, principio, jurisprudencia.

Abstract

The paper will examine the constitutional and legal rules on labor rights, as well as the development of the case law and the applicability of the principle of equality in labor relations in Colombia. It is vital to note that the core principles, including equality, are a guarantee for citizens who are part of a welfare state based on the rule of law, which is based on the dignity of people; therefore, something that is vital for human beings, as is work, is protected.

Keywords

Equality, labor law, constitution, principle, jurisprudence.



1. Introducción

El principio de igualdad es un pilar de los Estados democráticos, tal como lo es Colombia. La Constitución Política expedida en 1991 le da una nueva connotación a este principio; por ello la escogencia del mismo para desarrollar y así demostrar que este principio de igualdad no se cumple en nuestro Estado: Colombia.

La Corte Constitucional colombiana se ha ocupado del tema en múltiples ocasiones, las cuales dan la pauta para analizar el alcance y la repercusión que este principio fundamental tiene en materia laboral, si se quiere una de las áreas vitales para el ser humano, en vista de que del trabajo depende en parte su estabilidad.

La igualdad es un derecho fundamental en casi todas las jurisdicciones del mundo. Por ende, revisar sus raíces jurídicas y su puesta en marcha a partir de la Carta de 1991 es primordial en este estudio, pues es trascendental que exista igualdad en las relaciones laborales, ya que, si esta es inexistente, se cae en relaciones inequitativas.

El ensayo utiliza una metodología descriptiva. Se parte de un análisis teórico sobre el principio de la igualdad para recaer en la posición de la jurisprudencia y finalmente presentar una posición la respecto.

2. Antecedentes

En el año 1950, con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, se reguló el derecho a la igualdad y su aplicabilidad en el ámbito laboral. En su artículo 10, esta norma consagraba la igualdad de los trabajadores ante la ley. Por ende, quedaba abolida toda discriminación por cualquier motivo, como sexo, raza, remuneración, actividad material o intelectual. Además, el artículo 134 instituía la igualdad salarial en los géneros para el desempeño del mismo trabajo.

3. Situación actual

La Constitución de 1991 elevó a su jerarquía el derecho laboral, como puede verse en el hecho de que plasmó como principios fundamentales

los que estaban contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo. Es decir, la igualdad en materia laboral no solo es legal, sino constitucional, lo que les da un gran impulso a los derechos de los trabajadores colombianos. Pero es menester destacar que aun la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral ha cometido exabruptos a la hora de tener en cuenta la igualdad salarial a que tiene derecho la mujer (Código Sustantivo de Trabajo de 1950).

La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los “términos de comparación”. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado *tertium comparationis*, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad. (sentencia T-422/92, MP Eduardo Cifuentes Muñoz)

A través de varias sentencias, la Corte ha mantenido esta posición, como también ha defendido la teoría de la antigüedad, la pericia en el oficio, que hace que uno tenga mejor remuneración que otro que sea novato. La igualdad de remuneración está contenida en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, con lo que se pretende dar la misma remuneración al esfuerzo hecho en condiciones de igualdad y que no incidan en el salario condiciones de sexo, raza, religión u opinión política. Dice la Corte Constitucional colombiana que en dos cargos cuyo desempeño requiera de las mismas condiciones de eficiencia, y que tengan jornadas iguales, deberá darse la misma remuneración, independientemente del género de quien lo desempeñe; debe bastar solo su buen desempeño. La Constitución de 1991 introdujo una gran transformación en la concepción del trabajo al catalogarlo como un derecho y un deber de toda persona, que goza en sus distintas modalidades de la especial protección del Estado (art. 25 CP). Uno de

los mecanismos instituidos para garantizarlo es indudablemente mediante la expedición de normas generales que, además de regular los aspectos relativos a la prestación individual de servicios, cualquiera que sea el ámbito en que ella se desarrolle, le aseguren al trabajador una vida digna. Con tal fin, el constituyente consagró una serie de “principios mínimos fundamentales” que configuran el “suelo axiológico” de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre, a los cuales tiene que sujetarse el Congreso en su actividad legislativa, al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general.

4. Análisis teórico

El autor Gregorio Peces-Barba expone que, mirando retrospectivamente la historia de los principios fundamentales, estos vienen desde el Deuteronomio, en el cual se da una protección de la esencialidad del ser humano, y donde se enseña que se le debe prestar ayuda al prójimo caído en desgracia o pobreza, exponiendo que un esclavo fugado no debe ser devuelto a su amo. Sin embargo, también se estatuyen los jueces que juzguen al pueblo adecuadamente (Peces-Barba, 1978: 22).

Peces-Barba sostiene que el Concilio de Toledo del año 638 expone que no se debe condenar a nadie sin un acusador legal, y que nadie acusado por otra persona deba ser entregado a suplicio, hasta que su acusador se presente y miren con él las leyes, a fin de determinar si esta persona es un acusador capaz. En caso contrario, no se tiene en cuenta su acusación a no ser que sea un crimen de lesa majestad. Igualmente, les impide a los reyes actuar por impulsos alterando, coaccionando o cambiando las leyes para que otro sea injustamente privado del dominio de sus cosas contra su voluntad (Peces-Barba, 1978: 22).

Vienen después, hacia el año 1119, las Cartas del Convenio entre los moros de Tudela y el rey Alfonso I, en las cuales están debidamente reguladas las relaciones entre moros y cristianos. Gregorio Peces-Barba expone que, en el año 1188, se profirió un decreto por parte de Alfonso Rey de León y Galicia y los obispos y arzobispos, así como de los ciudadanos, por medio del cual el rey debía jurar que cumpliría para

todos las leyes buenas que establezcan su proceder. Igualmente, se estipuló que, cuando alguien sea denunciado, se le hará conocer a la mayor brevedad ese hecho. Si por alguna razón el denunciante no pudiera probar lo denunciado, pagará la pena que el denunciado hubiera tenido que pagar.

La Carta de Neuchatel, hacia el año 1214, habla de cómo se procede para acoger a alguien que llegue a vivir entre ellos, al cual se le considerará ciudadano después de un año y un día de estar en la ciudad, trabajando en labores públicas; por el contrario, si no ha ayudado en nada, se le acoge, pero no se le protegerá, ni será vengado si es muerto fuera de los muros de la ciudad.

Vladimiro Naranjo Mesa (1991: 400) afirma que, en el año 1215, se expidió una de las primeras cartas magnas, la del rey Juan Sin Tierra. Este rey permitió que sus ciudadanos pusieran límites a su autoridad, terminando así con el absolutismo de la estirpe de los Estuardo, dando origen a una nueva forma de gobierno en Inglaterra, con postulados como la necesidad del consentimiento del Congreso para aplicar las leyes; el fin del absolutismo real; la ilegalidad de recaudar fondos para los reyes sin la venia del parlamento; y la elección parlamentaria de modo libre. Fue así como se conquistó en el año 1679 el hábeas corpus. Todas estas figuras pasaron a Francia y a las colonias en América, en donde tomaron auge las teorías políticas contractualistas de Rousseau, ya que se impuso el impuesto al timbre, que generó protestas inicialmente en Massachusetts y Boston, pues consideraron que no tenían por qué estar sujetos a impuestos de un rey en ultramar. Siguieron teniendo sucesos y enfrentamientos hasta el 4 de julio de 1776, cuando se redactó el acta de independencia.

Analizando el escrito *La Revolución francesa y el Imperio*, de Georges Lefebvre (1993: 40), se desglosa que, luego de Luis XVI, se gestó la idea del tercer estado y que dieron pie para la Declaración de Derechos Humanos en Versalles. Esta declaración, en su artículo 1, consagró:

Art. 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos; en el artículo segundo se determina que el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos

El principio de igualdad en materia laboral...

fundamentales e imprescriptibles del hombre, la asamblea constituyente del salón de la pelota considero que estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad, y la resistencia a la opresión. (Peces-Barba, 1987: 212 y ss.)

En cuanto al concepto de soberanía, fue impulsado por Juan Bodino en 1576, cuando explicaba el poder de los estadistas y el poder soberano que tenía el pueblo, es decir, como la expresión de la voluntad mayoritaria. En el año 1789 se expidió otra declaración de derechos, que fue la que dio un vuelco al pensamiento político y social de la época, como fue el hecho de hacer primar los derechos del ciudadano frente al mismo Estado, en donde el rey recibía el poder del pueblo soberano y no de Dios. Con posterioridad, en América se dio la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, suscrita por Colombia en 1948. En ella se expone que los derechos del hombre son inherentes al ser humano y no nacen porque él sea ciudadano. Se da en el año 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la cual se promueve el respeto universal por los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza, religión, sexo o idioma. La Declaración de los Derechos del Niño se da en 1959; fue el primer documento en reconocer los derechos de los menores y la protección que estos deberían tener. En 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales vio la luz. En este pacto, se les dan obligaciones a los Estados para que mejoren las condiciones de los pueblos, específicamente en su connotación social.

En él se expone:

Conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables; reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana. (Peces-Barba, 1987)

En 1970, se estatuye la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en la que se defienden los derechos civiles y políticos, dándoles carácter estatal a los derechos

económicos y sociales. Javier Henao Hidrón, en su libro *Panorama del derecho constitucional colombiano*, afirma que la Asamblea Nacional Constituyente tuvo la idea de que la Constitución no solo debía ser una simple declaración de derechos, sino que le correspondía establecer una serie de instrumentos que le permitieran a cualquier persona obtener el goce efectivo de los mismos. Por ello en la asamblea se presentaron varios proyectos, algunos de ellos similares al recurso de amparo español y mexicano (Henao Hidrón, 1994: 190).

Jean-Jacques Rousseau, en cuanto a la igualdad en el ser humano, se refiere a ella en *El contrato social* así:

Si buscamos en qué consiste precisamente el mayor de todos los bienes, que debe ser el fin de todo sistema de legislación encontramos que se reduce a estos dos objetos principales, la libertad y la igualdad: la libertad, porque toda sujeción particular es otra tanta fuerza quitada al cuerpo del Estado: la igualdad, porque sin ella no puede haber libertad.

Aristóteles también trata el tema en su libro de la *Ética*, así: “Son, pues, tenidos por injustos el transgresor de la ley, el codicioso y el inocuo o desigual; de donde es claro que el justo será el observante de la ley y de la igualdad. Lo justo, pues, es lo legal y lo igual; lo injusto lo ilegal y lo desigual” (1987: 104).

Aristóteles vuelve a referirse a la igualdad en su libro titulado la *Política*, así:

Estos son pues los caracteres comunes a las democracias. [...] Pero la democracia y el gobierno popular que se conceptúan más auténticos son el resultado de aplicar el principio de justicia que se reconoce generalmente como democrático (que es el de la igualdad de todos en razón del numero). Ahora bien, la igualdad consiste en que no gobiernen más los pobres que los ricos, ni que solo ellos sean señores, sino todos por igual (en razón del numero), pues de este modo sienten todos que la igualdad y la libertad están aseguradas en la república. (1989: 208)

El principio de igualdad en materia laboral...

Norberto Bobbio, en su libro *Estado, gobierno y sociedad*, se refiere a una sociedad de iguales y a una sociedad de desiguales, de la siguiente manera: “Al ser el derecho un ordenamiento de relaciones sociales la gran dicotomía público/privado se duplica primeramente en la distinción de dos tipos de relaciones sociales: Entre iguales y entre desiguales” (1997: 15).

La Constitución Política colombiana de 1886 no consagraba el derecho de igualdad, sino que hacía referencias a él de forma indirecta y poco satisfactoria. Por ejemplo, el artículo 22 decía que no habrá esclavos y el artículo 19 establecía la asistencia social a los grupos marginales.

Néstor Raúl Correa se refiere a la igualdad de la siguiente manera:

En Colombia no existen ni siquiera las condiciones materiales mínimas que equiparen a las personas por lo bajo, debido a la enorme diferencia entre clases sociales. Ya que el 2% de la población posee más del 90% de la riqueza nacional. El 45% de los colombianos vive por debajo de los niveles de pobreza, que en una población de 40 millones de habitantes arroja 18 millones de pobres. (1998: 157)

Sobre la importancia del derecho a la igualdad, Manuel José Cepeda anota que:

“Es indudable que la consagración del derecho a la igualdad en la Constitución de 1991 es uno de los cambios más significativos para nuestra democracia. El derecho a la igualdad no es simplemente uno más dentro del conjunto de derechos que conforman la Carta de Derechos. Su consagración también implica un cambio de prioridades a nivel constitucional. A diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1886 que estaba inspirada en la protección a la libertad individual dentro del orden, la Constitución de 1991 está inspirada en el logro de la igualdad real”.

La igualdad no sólo es un derecho sino también un valor o un principio. La igualdad atraviesa toda la Constitución y obliga a todo el Estado y a la sociedad civil. Ello le confiere a la igualdad el más alto rango jurídico.

5. Análisis legal

5.1. Constitución Política de 1991. En los artículos 1.º y 2.º de la Constitución, se establece que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana; y dentro de sus fines esenciales está el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

El artículo 25 de la Carta Constitucional del 91 dice: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la protección especial del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

El artículo 5.º de la Carta establece: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

El artículo 94 de la Constitución determina que la “enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros, que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

5.2. Decreto 2591 de 1991. Este decreto fue dictado por el presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades conferidas por el literal b del artículo transitorio quinto de la Carta Política y tiene como objeto la reglamentación del artículo 86 de la Carta Política para garantizar a toda persona la protección de sus derechos fundamentales cuando estos son violados.

5.3. Decreto 306 de 1992. Este decreto se dictó para complementar la reglamentación del Decreto 2591, que era confusa e incompleta. Se refiere a los derechos protegidos por la acción de tutela; señala cuándo no existe amenaza de un derecho fundamental, el contenido del fallo de tutela y la imposición de sanciones.

El principio de igualdad en materia laboral...

5.4. Convenio 100, aprobado por la Ley 54 de 1962. Es relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

5.5. Convenio 111, aprobado por la Ley 22 de 1967. Es relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

6. Jurisprudencia

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre el derecho a la igualdad. En la sentencia C-221/92 se afirmó:

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Y en la sentencia T-422/92, por su parte, se dijo:

Sin embargo el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos de derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas -entre ellas rasgos o circunstancias personales- diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Opera mediante definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones etc.). Pero, los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Aunque algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para

promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo.

De conformidad con este par de citas, se colige lo siguiente:

- El derecho a la igualdad no significa igualitarismo ni igualdad matemática.
- El derecho a la igualdad implica hacer diferencias allí donde se justifiquen.
- Se justifica hacer una diferencia cuando del análisis de la situación se desprende que ella es razonable.
- Una diferencia entre presuntos iguales es razonable cuando existe un hecho relevante que amerite tal diferenciación.
- Un hecho es relevante cuando, a juicio del operador jurídico, es de tal magnitud que rompe el igualitarismo formal para dar lugar a un trato desigual en aras de la igualdad material.

La sentencia C-071 de 1993 dice:

El principio de igualdad es una regla que permite establecer fórmulas de apreciación frente a un trato discriminatorio, con fundamento en la razonabilidad de la diferenciación y en la proporcionalidad de los medios incorporados lo mismo que en los fines de la norma. No toda desigualdad constituye necesariamente discriminación, puesto que la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y si dicha justificación se ajusta a la finalidad y los efectos de la medida considerada. El juez debe retirar los excesos o abusos del poder por el uso indiscriminado de las facultades legislativas que rompan la proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Al establecer la Constitución que todas las personas son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.

Ahora bien la igualdad permite además el desarrollo de la dignidad que surge de la persona humana a partir de la paridad social entre los seres humanos.

El principio de igualdad en materia laboral...

La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. [...]

Por otra parte, el elenco de los factores de discriminación tanto objetivos como subjetivos consagrados en el artículo 13 de la Constitución corresponde a una lista enunciativa y no taxativa de los factores que históricamente se han considerado como discriminatorios.

En el año 1994, la Corte Constitucional, en la sentencia C-230/94, estableció los lineamientos generales del test de razonabilidad. Pero también expresó:

Las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato.

Es decir, dos consecuencias se desprenden con claridad del principio de igualdad: en primer lugar, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio debe justificarlo.

En el año 1996, la Corte completó esos lineamientos e introdujo distinciones necesarias para su aplicación, en la sentencia C-022/96:

Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (cf. 6.3.1.), el análisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.

- b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
- c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

En esta sentencia, se trata el orden de estas etapas, que corresponde a necesidades no solo lógicas, sino también metodológicas:

el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

También expone la Corte Constitucional mediante la sentencia analizada que el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales:

la *adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la *necesidad* de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (sentencia C-022/96; cursivas en el original)

La sentencia C-247/01 (MP Carlos Gaviria Díaz) analiza la violación del art. 13 de la Constitución Política, pues mientras que a los

El principio de igualdad en materia laboral...

trabajadores del sector privado se les aplica el artículo 274 del Código Sustantivo del Trabajo, para los trabajadores del sector oficial no existe reglamentación alguna al respecto, dado que la que existía fue eliminada (art. 42 Código Penal).

La pérdida o suspensión de la pensión, determinada la primera por el artículo 42 del anterior Código Penal y la segunda por el artículo 274 del Código Sustantivo del Trabajo, traen consigo un perjuicio, permanente o transitorio, para el pensionado y su familia, situación que viola derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución. Al eliminar el legislador la penalización que existía en el anterior Código Penal, artículo 42, los trabajadores del sector privado quedaron en inferioridad de condiciones pues se les da un trato diferente para una condición igual, cual es la de obligarlos a pagar la indemnización originada al cometer delitos o daños graves contra el patrono, directivos, trabajadores o empresa, con sus mesadas pensionales. Esto viola el derecho fundamental a la igualdad consagrado en nuestra Constitución Política”. Desconociendo, también el aparte de esa disposición que ordena dar especial protección a las personas que se encuentran en debilidad manifiesta, como son los pensionados.

Así, para analizar si las normas acusadas en este proceso son contrarias al principio de la igualdad material, el juez debe analizar su proporcionalidad, pues:

Una disposición que comporte la restricción de derechos fundamentales, no sólo debe estar orientada a lograr una finalidad legítima y resultar útil y necesaria para alcanzarla. Adicionalmente, para que se ajuste a la Constitución, se requiere que sea ponderada o estrictamente proporcional. Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional. (*ibid.*)

Definió la Corte Constitucional:

El primer paso a cumplir para realizar el juicio de proporcionalidad, es establecer el parámetro de comparación y, precisamente en este punto, encuentra la Corte que tanto el demandante como el apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho erraron claramente, pues pretenden señalar que las normas acusadas establecen un trato diferente para los trabajadores del sector público frente a los del sector privado. Tales podrían ser los términos a comparar, si aún rigiera en el país la Constitución de 1886; pero desde 1991 rige otro ordenamiento constitucional, y es éste, no aquél, el contexto normativo en el cual se deben comparar las hipótesis normativas. En esa perspectiva, debe tenerse en cuenta que, dentro de las regulaciones constitucional y legal anteriormente vigentes en materia de seguridad social, el empleador no es más el encargado de hacer las reservas necesarias para atender al pago del pasivo pensional de la empresa, con fondos que seguían siendo propiedad de ella hasta que se pagaban las correspondientes mesadas; en el régimen vigente, el empleador es un recaudador de recursos parafiscales, que no entran a hacer parte del patrimonio de la empresa o sus propietarios, y de los cuales no puede disponer sin incurrir en una irregularidad que bien puede llegar a constituir delito. Los dineros que el empleador retiene como contribución al sistema general de seguridad social, deben ser entregados a la EPS a la que se encuentra afiliado el trabajador, y no hay norma que autorice a estas entidades para pagar al empleador -mero recaudador de las contribuciones-, las mesadas que ellas deben al trabajador -usuario del servicio público que tales contribuciones financian. (*ibid.*)

En el año 2007, se pronunció la Corte sobre la igualdad salarial de las empleadas domésticas, en sentencia C-310/07 (MP Nilson Pinilla Pinilla), en la cual se expone que:

Para la Corte no es justo que entre personas que tienen como empleador al jefe de hogar y desempeñen tareas para la familia, exista un tratamiento diferencial en lo concerniente a la liquidación de cesantías, por la simple circunstancia de que

El principio de igualdad en materia laboral...

unas realizan labores de “aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños y demás labores inherentes al hogar” y otras encarguen de conducir automotores. Tal distinción es abiertamente discriminatoria, por carecer de una justificación objetiva y razonable.

La Corte Constitucional colombiana considera que el salario constituye uno de los aspectos inmanentes del contrato de trabajo y, por ser nuclear en el derecho laboral, goza de la protección especial prevista en el artículo 25 de la Constitución, por el requerimiento de las “condiciones dignas y justas” en las que debe ser ejecutada toda labor subordinada. Asimismo, tiene la condición de principio mínimo fundamental en materia laboral, según lo estipulado en el artículo 53 de la Carta, que se refiere a la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

La definición de lo que es factor salarial corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, **pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario.** [...]

Según la jurisprudencia, la noción de salario comprende ámbitos adicionales al jurídico, “toda vez que la misma atañe a aspectos socioeconómicos y políticos, ya que se considera que la remuneración que recibe el trabajador no está comprendida, exclusivamente, por la retribución del servicio prestado al patrono (sic), sino también por ‘todos los beneficios, o contraprestaciones necesarios para atender sus necesidades personales y familiares y para asegurar una especial calidad de vida que le aseguren una existencia acorde con su dignidad humana’”. (sentencia C-310/07; negrillas en el original; notas al pie omitidas).

Expone la Corte Constitucional colombiana que el salario:

Es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales y su falta compromete el logro

de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador. (sentencia C-310/07)

En la misma sentencia, la Corte Constitucional precisó que el salario y las prestaciones sociales son derechos subjetivos patrimoniales:

“no sólo porque son derechos adquiridos sino porque la Nueva Constitución se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo, caracterizándose al Estado como Social de Derecho, fundado entre otras cosas en el respeto al trabajo, teniendo como uno de sus fines esenciales la efectividad de los derechos dentro de los cuales está la remuneración y el pago oportuno. El salario y las prestaciones son REMUNERACIONES protegidas constitucionalmente”. Por tal razón, el salario es irrenunciable “y no se puede ceder en todo en parte, a título gratuito ni oneroso pero sí puede servir de garantía hasta el límite y en los casos que determina la ley” (Art. 142 C.S.T.). (sentencia C-310/07; las notas al pie fueron omitidas)

Para la jurisprudencia, la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, “estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda” (sentencia T-777 de 2008). Como prestación social, la cesantía constituye un derecho irrenunciable del trabajador (art. 53 de la CP), dado su carácter remuneratorio, por ser retribución de una labor subordinada en desarrollo de un contrato de trabajo.

En la sentencia C-823/06, MP Jaime Córdoba Triviño, la Corte se refirió al auxilio de cesantía analizando su naturaleza jurídica, significado e importancia como prestación social:

La concepción sobre la naturaleza jurídica de esta prestación ha variado, a través de las diversas legislaciones que han regido la materia. Así, conforme a la Ley 10 de 193, que estableció este auxilio para los empleados del sector privado,

El principio de igualdad en materia laboral...

se le imprimió un carácter indemnizatorio que operaba por despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato, comprobados. La ley 6ª de 1945, extendió el auxilio de cesantías a los obreros pertenecientes al sector privado, y a todos los trabajadores oficiales de carácter permanente, manteniendo su carácter indemnizatorio. La Corte Suprema de Justicia así lo entendió, en su momento, al reconocer el correlativo efecto sancionador para el empleador en caso de despido injusto : “Su razón de ser —del auxilio de cesantía— era en primer término la de estabilizar al trabajador en su cargo y aparece como una especie de sanción para el patrono que despidiera sin justa razón a su empleado”.

La ley 65 de 1946, replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que éste auxilio debe ser pagado cualquiera que fuese el motivo del retiro. De esta forma se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social. Éste es el carácter que le atribuye el Decreto 2663 de 1950, mediante el cual se sancionó el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por la Ley 141 de 1961, que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las “Prestaciones Patronales Comunes”.

Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.

Entendido así, el auxilio de cesantía, como un patrimonio que se va forjando día a día por el asalariado, y que permanece en poder de los empleadores mientras subsista el contrato de trabajo, la ley (art. 1.º de la Ley 52 de 1975) estableció a favor de los trabajadores particulares el reconocimiento de intereses anuales sobre las cesantías de los trabajadores del sector privado.

Con la expedición de la Ley 50 de 1990 se modificó sustancialmente el régimen de cesantía a que tienen derecho los trabajadores del sector privado. De acuerdo con esta nueva regulación, el auxilio de cesantía quedó sometido a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional

contemplado en el código sustantivo del trabajo (Arts. 249 y ss), el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados por contrato de trabajo antes del 1° de enero de 1991; (ii) el sistema de liquidación definitiva anual, y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías, creados por esta ley, el cual se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a partir del 1° de enero de 1991 y a los trabajadores antiguos que se acojan al nuevo sistema; y (iii) el sistema de salario integral el cual se aplica a todos aquellos trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales, y pacten con su empleador el pago de un salario integral que contenga además de la retribución ordinaria de servicios, el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluida la cesantía a que tenga derecho el trabajador.

Esta regulación mantiene el carácter de prestación social del auxilio de cesantía, introduciendo un elemento adicional consistente en un sistema de ahorro forzoso de los trabajadores.

En la sentencia C-310/07, la Corte Constitucional afirmó:

la jurisprudencia constitucional considera que el auxilio de cesantía es un ahorro forzoso del trabajador, que el empleador está obligado a cancelar a la terminación del vínculo laboral y que al empleado le sirve para subvencionar sus necesidades mientras permanece cesante o para atender otros requerimientos importantes en materia de vivienda y educación.

No se trata estrictamente de un seguro de desempleo, pues su monto es independiente de si el trabajador queda o no desempleado o de la eventual duración de la desocupación; además, el trabajador puede realizar retiros parciales antes de culminar su vínculo laboral con el empleador.

Esa discusión en torno a la naturaleza jurídica de tal prestación debe tenerse por superada, pues como se expresó anteriormente la cesantía es, ante todo, un derecho irrenunciable de todos los trabajadores y también parte integrante de la remuneración, que además está llamada a cumplir una importante función social ante la eventualidad del desempleo o para satisfacer otras necesidades vitales.

El principio de igualdad en materia laboral...

La jurisprudencia también ha hecho prevalecer la especial situación de los trabajadores domésticos tratándose de prestaciones asistenciales, pues, conforme a lo decidido en la sentencia C-1004 de 2005 (octubre 3), MP Jaime Araujo Rentería, que declaró inexecutable las expresiones “y al pago íntegro de su salario en caso de incapacidad para desempeñar sus labores a consecuencia de enfermedad, todo hasta por un (1) mes”, contenidas en el literal d) del artículo 229 del C. S. T., quienes desempeñan esa labor tienen derecho al auxilio monetario por enfermedad profesional en los mismos términos que los demás trabajadores.

Para efectos del derecho a la pensión mínima, la Corte también ha tomado en cuenta la condición de los trabajadores domésticos para exigir un esfuerzo adicional de cotización a quienes trabajan en esa actividad por días.

Al declarar executable las expresiones “en ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente”, contenida en el artículo 5° de la Ley 797 de 2003, que modificó el inciso 4° y el párrafo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, esta corporación en sentencia C-967 de 2003 (21 de octubre), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sostuvo que para el caso de los empleados domésticos dicha cotización mínima encuentra justificación en la necesidad de dar viabilidad financiera al derecho de los trabajadores independientes a obtener en el futuro por lo menos la pensión mínima, y de hacer, por este aspecto, que se equiparen a los demás trabajadores, que sí obtienen el salario mínimo mensual legal vigente y hacen factible la igualdad en ese aspecto.

No sobra mencionar que en el ámbito del control concreto, la Corte en múltiples oportunidades ha amparado los derechos fundamentales de trabajadoras domésticas ante situaciones de maltrato o discriminación por causa de embarazo.

En suma, el trabajo doméstico, por sus especiales características y la situación de vulnerabilidad de quienes lo ejecutan, demanda la protección del Estado a fin de que sea reconocido legal y socialmente como una actividad laboral,

merecedora equitativamente de los derechos respectivos.
(sentencia C-310/07, MP Nilson Pinilla Pinilla)

La Corte Constitucional colombiana ha hecho hincapié en que la condición o circunstancias del empleador no pueden ser consideradas factores relevantes para discriminar a los trabajadores:

En tratándose del trabajo, el artículo 53 se refiere a una de las aplicaciones concretas del artículo 13: **la igualdad de oportunidades para los trabajadores**. Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono. Este es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: **a trabajo igual, salario igual**.

En conclusión, **la Constitución no autoriza el que la condición o las circunstancias particulares del patrono (sic) se conviertan en factores de tratos desiguales, en perjuicio de los trabajadores. [...]**

Lo que no tiene justificación a la luz de la Constitución Nacional Colombiana, es conceder ventajas a algunos patronos (sic) en desmedro de ciertos trabajadores. Estos no tienen por qué pagar los favores que el Estado otorgue a sus patronos (sic). Pues, se repite, la retribución que el trabajador reciba, debe corresponder a sus aptitudes y a la labor que desempeña. (sentencia C-051/95, MP Jorge Arango Mejía; negrillas en el original)

Hasta las sentencias del año 1995, la Corte Constitucional tenía la posición de que la tutela no era la vía para hacer reclamaciones sobre desigualdad del salario, pero en la sentencia SU-342/95 cambió radicalmente su posición, coadyuvando a que los trabajadores obviarán la justicia ordinaria para hacer este tipo de reclamaciones y solo optarán por vía de tutela, dejando de lado una jurisdicción independiente (laboral) creada en el año 1948 para dirimir los conflictos entre patronos y empleados. Además, la Corte incurre en el error de que sea el empleador el que siempre tenga la carga de la prueba, dándose una disparidad de criterios entre la Corte y lo expuesto por Fernando Vásquez Botero en sentencia de septiembre 25 de 1997, en la cual expone que esta debe estar a cargo del trabajador que busca ser

El principio de igualdad en materia laboral...

resarcido de una desigualdad. Al decir la Corte Constitucional colombiana que no existe una igualdad matemática ni absoluta, pero que la hay al ser todos seres humanos, y, al defender la premisa “igual salario a igual trabajo”, se contradice notablemente.

La Corte no detuvo la avalancha de tutelas y accionar sobre ellas permitió que su directriz inicial, como era la de defender derechos fundamentales, fuera abusada notablemente por la entidad y por los trabajadores que la prefirieron a las vías ordinarias.

La Corte diferencia en cuanto a pacto colectivo y convención colectiva, pues equipara las dos figuras, que son diametralmente opuestas, aplicable una a los trabajadores sindicalizados y la otra a los que no lo son. Pero en la práctica hay discriminación de género, como puede colegirse de las encuestas realizadas por el DANE en el año 2008:

Colombia tiene 17.259.000 mujeres en edad de trabajar. De ellas, el 46,3% hace parte de la población económicamente activa (PEA) y un 53,7% se considera población inactiva.

Las mujeres que hacen parte de la PEA y están ocupadas, son aproximadamente 6.866.000. De ellas 3.887.000 están en las 13 áreas metropolitanas, donde más de la mitad se ubica en la economía informal, en su mayoría en empleos precarios y de poco amparo en los derechos establecidos por la ley.

Las mujeres que hacen parte de la PEA y están inactivas, suman 9.263.000. Un 62% de ellas están dedicadas al trabajo reproductivo, es decir al cuidado de la vida en el hogar y el mantenimiento de la fuerza de trabajo; mujeres que históricamente han sido invisibles a los análisis económicos, ya que su labor socialmente no se considera trabajo. (Escuela Nacional Sindical, 2009)

7. Conclusiones

En Colombia se debe ponderar la igualdad de oportunidades, pues seguimos inmersos en diferencias abismales tanto étnicas como culturales, políticas y sociales. En materia laboral, se acentúa en la diferencia de género, donde la mujer no obtiene la misma remuneración por el trabajo realizado en igualdad de condiciones con el hombre.

Las desigualdades surgen toda vez que la sociedad quiere mantener al margen a las mujeres y debido a esto ellas toman la decisión de laborar en formas precarias, es decir, en economías informales tales como el cuidado de la vida en el hogar y el mantenimiento de la fuerza de trabajo, sintiéndose invisibles a los avances económicos, ya que su labor no es considerada trabajo en la actualidad. A pesar del aumento de la participación femenina en el mercado laboral durante las últimas décadas, las condiciones en que se ha dado impiden que se traduzca en superación de la pobreza y la discriminación. Bien sea como empleadas en los eslabones más bajos de cadenas de producción global, en los sectores de industria, servicios o comercio, son notorias las condiciones de desprotección a las que se ven sometidas las trabajadoras, tanto en la relación laboral formal como en la informal.

Por su parte, la situación de las mujeres en el ámbito laboral depende de la orientación de los cambios en la oferta y demanda de fuerza de trabajo inducida por el comercio, además de otros factores vinculados a las condiciones sociales y culturales en que se desarrollan las relaciones de género, que interactúan reforzando o inhibiendo los impactos provenientes del campo económico.

Bibliografía

- Aristóteles. *Ética nicomaquea*. Bogotá: Ediciones Universales (1987).
Aristóteles. *La política*. Bogotá: Editorial Panamericana (1989).
Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica (1997).
Correa Henao, Néstor Raúl. “Notas sobre el derecho de igualdad”. *Vniversitas* 95 (diciembre de 1998).
Escuela Nacional Sindical. “La discriminación laboral tiene cara de mujer. Panorama de la situación laboral de las mujeres colombianas”. *Revista Cultura y Trabajo* 77 (julio 8 de 2009).
Henao Hidrón, Javier. *Panorama del derecho constitucional colombiano* (9 ed.). Bogotá: Temis (1994).
Lefebvre, Georges. *La Revolución francesa y el Imperio 1787-1815*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica (1993).
Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas* (4 ed.). Bogotá: Editorial Temis (1991).
Peces-Barba, Gregorio (dir.). *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Debate (1987).

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

- Sentencia C-221/92, MP Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia T-422/92, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia T-432/92, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia T-526/92, MP Ciro Angarita Barón.
Sentencia C-071/93, MP Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-345/93, MP Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-537/93, MP Hernando Herrera Vergara.
Sentencia T-230/94, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-410/94, MP Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia T-079/95, MP Alejandro Martínez Caballero.
Sentencia C-022/96, MP Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia T-352/97, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sentencia C-384/97, MP José Gregorio Hernández Galindo.
Sentencia T-040/98, MP Antonio Barrera Carbonell.
Sentencia SU-250/98, MP Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-372/98, MP Fabio Morón Díaz.
Sentencia C-952/00, MP Carlos Gaviria Díaz.
Sentencia C-247/01, MP Carlos Gaviria.
Sentencia C-1237/05, MP Jaime Araujo Rentería.
Sentencia C-823/06, MP Jaime Córdoba Triviño.
Sentencia C-310/07, MP Nelson Pinilla Pinilla.
Sentencia C-427/09, MP Mauricio González Cuervo.